Die Rechte des Fiduziars im Konkurse des Fiduzianten bei Sicherungsübereignung und Sicherungsabtretung

---

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der Universität Marburg

vorgelegt von

Joachim Berger

Gerichtsreferendar aus Schmalkalden

Marburg 1931

Druck von Feodor Wilisch, Schmalkalden

Von der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät als Dissertation am 13. Oktober 1931 angenommen.

Berichterstatter: Herr Professor Dr. Dr. Jung.

Meinen Eltern
in Dankbarkeit gewidmet

Inhalt.

Literatur.

Bähr, Otto: Urteile des Reichsgerichts und ihre Besprechungen. München und Leipzig 1883.

Berolzheimer, Franz: Die fiduziarische Zession. Leipzig 1908.

Bleyer, Joseph: Die Konkursordnung für das Deutsche Reich und ergänzende Gesetze. 3. Auflage. München, Berlin und Leipzig 1928.

Boschan: Sicherungsübereignung und Gläubigernot. in Juristischer Wochenschrift 1912 S. 8 ff.

Caspari, Fritz: Sicherungsübereignung und Sicherungszession nach gemeinem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch. 2. Auflage Berlin 1914.

Dernburg: Pandekten. Band 1, 6. Aufl., 1900.

Enneccerus, Ludwig: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 1. Band. 12. Bearbeitung. Marburg 1928.

Falkmann und Mugdan: Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.

Fischer, Herbert: Die Sicherungsübereignung. Leipzig 1908.

Friescke, Kuno: Die Stellung des Sicherungseigentümers im Konkurse des Schuldners. in „Recht und Handel" 1927 S. 85 ff.

Goltz, Fritz: Das fiduziarische Rechtsgeschäft mit besonderer Berücksichtigung des Wechsel- und Konkursrechtes. Marburg 1901.

Hamelbeck, Bernhard: Die Sicherungsübereignung nach geltendem Recht. Berlin 1929.

Hellwig, Konrad: Gläubigernot und Sicherungsübereignungen und andere Schiebungen, in „Reformbestrebungen im Rechtsleben und der Verein Recht und Wirtschaft". Band 1 S. 141 ff.

— Eigentumsübertragung zur Sicherung einer Forderung. im Archiv für die Zivilistische Praxis. Band 64 S. 369 ff.

Höbel, Heinrich: Sicherungsübereignung und Sicherungsabtretung in ihrer Abstellung auf den Zweck. Wörishofen 1931.

Hoeniger: Keine Sicherungsübereignung mittels Besitzkonstitutes in Oesterreich. in Juristischer Wochenschrift 1927 S. 2410.

Jaeger, Ernst: Kommentar zur Konkursordnung. 1. Band 6.—7. neubearb. Aufl. Berlin und Leipzig 1931.
Jacusiel, Alfred: Die Sicherungsübereignung. 2. Aufl. Berlin 1931.
Jhering: Geist des Römischen Rechts.
Jung: „Bürgerliches Recht," in „Das gesamte deutsche Recht" von Stammler 1. Bd. Berlin 1931.
Katzenstein: Die Sicherung von Forderungen durch Uebereignung von Mobilien. in Gruch. Bd. 49 S. 323 ff.
Katzmann, Ewald: Die Aussonderung von Treugut im Konkurs. Marburg 1928.
Kernert, Karl: Stellung des Sicherungseigners gegenüber Zwangsvollstreckungen der Gläubiger des Uebereigners und in dessen Konkurs. Leipzig 1930.
Kriegsmann: Rechtsgrund der Eigentumsübertragung. 1905.
Leist: Die Sicherung von Forderungen durch Uebereignung von Mobilien. Jena 1889.
Lilienthal: Die Uebereignung zum Zwecke der Sicherung. in Deutscher Juristenzeitung 1902 / 542 ff.
Löbl, Rudolf: Die Uebertragung der Rechtsstellung im Verhältnis zum Schuldner ohne materiellen Rechtsübergang als das dem Schuldrecht angemessene fiduziarische Geschäft. in Archiv für Zivilistische Praxis Band 129 S. 332 ff.
Loewenwarter: Wegweiser durch das BGB. 10.—12. Aufl. Berlin 1929.
Menzel, Franz: Kommentar zur Reichskonkursordnung. Mannheim, Berlin, Leipzig 1928.
Neckels, Kai: Die Abwicklung fiduziarischer Geschäfte im Konkurse. Leipzig 1928.
Nord, Walther: Zur Klärung des Sicherungseigentums. in Juristischer Rundschau 3. Jahrgang Nr. 21.
Planck: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 4. Aufl. Berlin 1920.
Proskauer, Max: Die Sicherungsübereignung im geltenden Recht. Charlottenburg 1928.
Reichsgerichtsräte-Kommentar. Band 3, Sachenrecht. 6. Auflage. Berlin und Leipzig 1928.
Sarwey-Bossert: Die Deutsche Konkursordnung. 1901.
Schäfer: Die Rechtssprechung über die Sicherungsübereignung. im Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 38 S. 1 ff.
Scharfwinkel, Wilhelm: Die fiduziarische Sicherungsübereignung von Mobilien. Erlangen 1930.
Schauer, Rudolf, und Rost, Hellmut: Die Kreditsicherung im internationalen Handelsverkehr. Berlin 1926.
Schultze: Treuhänder im geltenden Bürgerlichen Recht. Jhering's Jahrbücher Band 43 S. 1 ff.
Sändig, Johannes: Die Sicherungsübereignung. in „Privatwirtschaftliche Winke".
Seckel, Hans: Die Sicherungsübereignung und ihre Reform. Göttingen 1929.
Seelig und Scheele: Vom Reichsgericht. in Juristischer Wochenschrift 1906 S. 103 ff.
Senf, Walter: Sicherung des Gläubigers durch Eigentum. Hirschberg 1930.

Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 12./13. Auflage 2. Band, Berlin 1926.
von Staudinger's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. 3. Band Sachenrecht, 9. Aufl. München, Berlin, Leipzig 1926.
Sydow-Busch-Krieg: Konkursordnung, Vergleichsordnung und Anfechtungsgesetz. 15. Aufl. Berlin und Leipzig 1929.
Stauffacher, Werner: Zur Aussonderung fiduziarisch übertragener Werte im Konkurse des Fiduziars. Leipzig 1909.
von Tuhr: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. 1914.
Weinhausen, Hans: Die Sicherungsübereignung. 3. Aufl. Berlin 1928.
Weisweiler: Die Reform der Sicherungsübereignung unter besonderer Berücksichtigung der Einführung des Registerpfandrechts. Köln 1927.
von Wilmowski; Deutsche Reichskonkursordnung. 6. Aufl. Berlin 1906.
Wolff, Max: Widerspruchsklage und Aussonderung. in Juristischer Wochenschrift 1930 S. 1470.
Wolff, Th.: Die Konkursordnung. 2. Aufl. Berlin und Leipzig 1921.

§ 1. Die Aufgabe.

Die augenblickliche Wirtschaftslage im deutschen Reiche führt mehr denn je dazu, alle Möglichkeiten von Creditbeschaffung und Gläubigersicherung auszunutzen. Dementsprechend hat sich die Ausgestaltung der juristischen Wege zur Erreichung dieses Ziels heute in erhöhtem Ausmaße vollzogen. Während bislang unter den Sicherungsmitteln die Verpfändung die erste Stellung einnahm, haben sich Sicherungsübereignung und Sicherungsabtretung wegen ihrer wirtschaftlichen Zweckdienlichkeit so erheblich im Verkehrsleben eingeführt, daß ihre Bedeutung der der Verpfändung heute zum mindesten gleichsteht, wenn nicht gar vorgeht.

Da sowohl Sicherungsübereignung wie Sicherungsabtretung als solche eine gesetzliche Regelung im geltenden Recht nicht gefunden haben, ihre rechtliche Behandlung vielmehr lediglich durch Literatur und Rechtsprechung in gewisse feste Bahnen zu lenken versucht worden ist, so ist nicht verwunderlich, daß sich um diese beiden Rechtsformen eine Unmenge von Streitfragen gebildet hat.

Ziel vorliegender Bearbeitung soll sein, einen Teil dieser Probleme einer gründlichen Beleuchtung zu unterwerfen und damit zu einer Klärung beizutragen. Beschäftigen soll uns insbesondere die Frage: Welche Rechte stehen dem Fiduziar im Konkurse des Sicherungsübereigners und des Sicherungszedenten zu.

1. Abschnitt.

Die Sicherungsübereignung an beweglichen Sachen und ihre Behandlung im Konkurse des Fiduzianten.

§ 2. Geschichtliches.

Die Sicherungsübereignung ist keineswegs ein Gebilde, das erst durch die moderne Entwicklung und die gesteigerten Anforderungen des Verkehrslebens der letzten Jahrzehnte geschaffen worden ist. „Aus der frühesten Entwicklung des Rechts stammend, dann lange in Vergessenheit geratend" [1]) ist das fiduziarische Rechtsgeschäft dazu berufen, in der neuen Rechtsentwickelung eine bedeutende Stellung einzunehmen.

Eine Art der Sicherungsübereignung kannte schon das altrömische Recht (ius civile). Durch Formalakt, mancipatio oder in iure cessio, übereignete der Schuldner dem Gläubiger eine Sache. Dieser dingliche Teil des Rechtsgeschäfts gab dem Gläubiger nach außen hin die Berechtigung zu jeder Verfügung über die Sache. Das Außerordentliche dieses Rechtsgeschäftes lag jedoch auf obligatorischer Seite. Eine dem Pfandzwecke Rechnung tragende beschränkende Nebenabrede verpflichtete den Gläubiger im Innenverhältnis, von seinem Eigentumsrechte nur insoweit Gebrauch zu machen, als es zur Befriedigung wegen seiner Forderung notwendig erschien. [2]) Der Erwerber bekam hier durch die Uebertragung des Eigentums eine den wirtschaftlichen Zweck übersteigende Rechtsmacht. Das bestehende Mißverhältnis zwischen dem Mittel der unbedingten Eigentumsübertragung und dem damit verfolgten Zweck der Sicherung forderte ein Vertrauensverhältnis zwischen den beiden Parteien. Dementsprechend wurde im alten römischen Recht ein solches Rechtsgeschäft als fiducia bezeichnet, und zwar als fiducia

---

[1]) Goltz, a. a. O. S. 1.

[2]) Auf die speziellen Streitfragen über die römischrechtliche fiducia kann hier nicht eingegangen werden; vgl. hierzu Katzmann a. a. O. S. 14.

cum creditore.[1] Von dieser fiducia hat das heutige „fiduciarische" Rechtsgeschäft[2] seinen Namen.[3]

Das auf Grund der Sicherungsübereignung entstehende Rechtsverhältnis ist dem der fiducia des altrömischen Rechts vollständig gleich.[4]

(Die Verurteilung aus der actio fiducia machte infam als Strafe der Treulosigkeit).[5]

Im römischen Recht war in älterer Zeit die fiducia cum creditore „die einzige Form des noch unentwickelten Rechtssystems"[6], in welcher dem Gläubiger eine Realsicherheit gewährt werden konnte.

Auch dem alten deutschen Stammesrecht war eine Sicherungsübereignung nicht unbekannt. In Form einer Wette wurde ein Vertrag geschlossen, in der lex Salica „fides facta" genannt, der durch das Geben und Nehmen der festuca oder einer anderen körperlichen Sache bindend wurde.[7] Nach der Bezeichnung der körperlichen Sache badium, erhielt der ganze Vertrag den Namen wadiatio.

Im späteren Mittelalter gewann die Sicherungsübereignung mit Besitzkonstitut Bedeutung auch als Mittel zur Umgehung des kanonischen Zinsverbotes. Der Uebereigner mußte seinem Darlehnsgläubiger Mietzahlungen für Ueberlassung der übereigneten Gegenstände leisten, die den verbotenen Darlehnszinsen entsprachen.[8]

Die Stellung, die die Sicherungsübereignung im heutigen Rechtsverkehr einnimmt, begann sie in den siebziger Jahren des vorigen Jahrhunderts zu gewinnen.[9]

---

[1] Das andere römische fiduziarische Geschäft, die fiducia cum amico, hat für unsere Betrachtung keine Bedeutung. Ueber den Unterschied vgl. Gaius II 59 und 60; Caspari a. a. O. S. 12.

[2] Ausdruck stammt von Regelsberger im Arch. f. Z. P. 63/173.

[3] So auch Enneccerus I § 139 Anm. 11.

[4] Hellwig, Arch. f. Z. P. 64/379.

[5] vgl. Carlowa, Römische Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 567 ff.

[6] vgl. Caspari a. a. O. S. 12.

[7] vgl. Höbel a. a. O. S. 10.

[8] So auch Höbel a. a. O. S. 10.

[9] vgl. Hellwig, R. u. W. I/144.

§ 3. Das Wesen der Sicherungsübereignung.

Das kleinste und wertloseste Grundstück ist geeignet, Grundlage für eine Realsicherheit zu geben, ohne daß der Eigentümer auf den Besitz verzichten muß. Eine noch so wertvolle Maschine, die der Eigentümer zur Aufrechterhaltung seines Betriebes unbedingt braucht, kann keine Grundlage für eine Realsicherung durch ein Pfandrecht des BGB. abgeben, da zu seiner gültigen Bestellung die Einräumung des Besitzes an den Gläubiger notwendig ist, den aber der Schuldner hier nicht entbehren kann.[1]) Diese ungleiche Ausnutzungsmöglichkeit des Fahrniseigentums und Grundeigentums hat im Wirtschaftsleben das dringende Bedürfnis nach einer juristischen Konstruktion wachgerufen, die die Verwendung von Fahrnis zur Sicherung von Forderungen ermöglicht, ohne daß dem Gläubiger der Besitz an den Sachen eingeräumt zu werden braucht. Wegen der Untauglichkeit des Faustpfandes zur Erreichung dieses wirtschaftlichen Zweckes lag nahe, die dingliche Sicherung des Gläubigers durch Eigentumsübertragung zu erreichen. Dieser über das Ziel hinausgehenden Berechtigung des Gläubigers mußte ein Mittel gegenübergestellt werden, das es dem Schuldner einmal ermöglichte, weiterhin im Besitze der übereigneten Sachen zu bleiben, ihm dann auch das Recht gab, von dem Gläubiger den Teil des Verwertungserlöses herauszuverlangen, der dessen Forderung übersteigt. Zur Erreichung dieses Ergebnisses gibt das geltende Recht 2 Formen zur Hand: das constitutum possessorum und das sogenannte Treuhandgeschäft.

Während die §§ 1205 und 1253 BGB ein Mobiliarpfandrecht, das nicht für jeden aus der Besitzlage erkennbar ist, ausschließen, läßt § 930 unter Durchbrechung des Gedankens der Publizität der Sachenrechte einen Eigentumsübergang an Mobilien auch ohne äußerlich erkennbare Besitzverschiebung zu.

Das Wesen des weiteren Mittels, um zu dem vom Wirtschaftsleben geforderten Ergebnis zu gelangen, des Treuhandgeschäftes, besteht darin, daß der Treugeber dem Treuhänder nach außen ein umfassenderes Recht einräumt, als dieser zur Erreichung des im Innenverhältnis zwischen beiden vereinbarten Zweckes bedarf.[2]) Seinen Namen hat

---

[1]) So auch Kernert a. a. O. S. 3.

[2]) vgl. Enneccerus I § 139 II; Kernert a. a. O. S. 4; u. a. m.

dieses Rechtsgeschäft daher, daß das Recht nur zu „treuen Händen“ übertragen wird, d. h. der Treunehmer ist dem Treugeber im Innenverhältnis obligatorisch verpflichtet, nur im Rahmen des vereinbarten Zweckes über das Recht zu verfügen.[1]) Eine Unterlage in unserem geschriebenen Recht hat diese deutschrechtliche Treuhänderschaft nicht. Die ganz nebensächliche Erwähnung der Uebertragung eines Rechts zu bloßen Sicherheitszwecken in § 223 II, daß nämlich diese Sicherung auch trotz der Verjährung des Anspruchs geltend gemacht werden könne, gibt keinerlei ausreichende Begründung für die Durchführung des Treuhandgedankens; vor allem nicht für dingliche Sondervorschriften. Trotzdem hat sich das Treuhandgeschäft im heutigen Rechtsleben gewohnheitsrechtlich vollständig durchgesetzt.[2])

Die Vereinigung dieser beiden juristischen Formen ergibt das Sicherungsübereignungsgeschäft. Ueber sein Wesen, über seine Auswirkungen, über seine Bedeutung kann nur eine Betrachtung der Konstruktion als Gesamtheit Aufschluß geben. Wohl könnte man nun wieder unterscheiden zwischen Innen- und Außenverhältnis.[3]) Beide greifen jedoch wie Zahnräder ineinander. Der gewünschte juristische Erfolg wird nur durch beiderseitiges Zusammenwirken erreichbar. Weder der Innenseite noch der Außenseite kann eine selbständige juristische Bedeutung zuerkannt werden.[4])

§ 4. Bedenken gegen die Sicherungsübereignung.

Bedenken gegen das „künstliche Gebilde“[5]) bestanden und bestehen noch heute aus den verschiedensten Gesichtspunkten. Gemeint sind hier solche Einwände, die sich nicht nur gegen einzelne Auswüchse richten, sondern, die sich auf die Gültigkeit der Sicherungsübereignung als solcher beziehen. Zunächst sei festgestellt, daß mit einem Hinweis auf § 223 Abs. 2 BGB in keiner Weise die Bedenken aus dem Wege zu räumen sind, die sich gegen die Gültigkeit der Sicherungsübereignung

---

[1]) vgl. A. Schulze a. a. O. S. 3.

[2]) vgl. Jung a. a. O. § 40 und 51.

[3]) wie es z. B. Kriegsmann a. a. O. S. 73 tut.

[4]) Ebenso Katzmann a. a. O. S. 18.

[5]) L. Schäfer a. a. O. S. 1.

erheben.[1]) Aus § 223 ² ist höchstens zu entnehmen, daß das BGB überhaupt fiduziarische Eigentumsübertragung mit Sicherungszweck als möglich voraussetzt.[2]) Nicht aber kann darin auch zwingend weiter ein Anerkenntnis der Sicherungsübereignung durch Konstitut gesehen werden.[3])

Anfänglich wurde versucht, die Sicherungsübereignung als Scheingeschäft für ungültig zu erklären.[4]) Eine endgültige Eigentumsübertragung sei garnicht ernstlich gewollt. Im beiderseitigen Einverständnis darüber sei das Erklärte nicht gewollt, der Wille nur zu Schein erklärt.[5])

Der Ernstlichkeitsbeweis ist jedoch bereits von Otto Bähr in seiner Besprechung der Urteile des Reichsgerichts[6]) überzeugend erbracht worden. Mit Recht gibt der Verfasser dort seiner Verwunderung darüber Ausdruck,[7]) daß das Reichsgericht überhaupt ein Beweisverfahren über die Ernstlichkeit einleitet, wo doch die Parteien unzweifelhaft die Eigentumsübertragung beabsichtigen. Da ein besitzloses Pfandrecht nicht zuläſſig ist, wird die Uebereignung des Objekts „ernstlich, und zwar höchst ernstlich"[8]) gewollt, da erst mit der Begründung des Eigentums an der Sache der Kreditgeber vor Zugriffen anderer Gläubiger geschützt ist. Sowohl der Schuldner, der meist den angeforderten Kredit nur erhalten kann, wenn er die Sicherungsübereignung tätigt, wie der Gläubiger mit Rücksicht auf das hohe eigene Interesse sind weit davon entfernt, nur zum Scheine zu kontrahieren.

Das Vorbringen des Einwands des Scheingeschäftes erscheint nur

---

1) wie z. B. RGE. 62/130; 57/177; Staub a. a. O. § 368 Anm. 94; Wolff KO. § 43 Anm. 3.

2) Ebenso von Tuhr a. a. O. § 77 Note 22; Jäger KO. § 43 Anm. 39.

3) Ebenso Hellwig in R. u. W. S. 25; derselbe im Arch. f. Z. P. Bd. 64 S. 357.

4) vgl. Hellwig R. u. W. S. 145; Planck a. a. O. § 930, Anm. A 5.

5) vgl. auch Weinhausen a. a. O. S. 48.

6) S. 52 ff.

7) S. 62.

8) so Weinhausen a. a. O. S. 48.

erklärlich durch die wohl zuerst von Hellwig [1]) aufgedeckte Verwechselung zwischen Simulation und in fraudem legis abgeschlossenem Geschäft. [2])

Nur selten wird in einzelnen besonders gelagerten Fällen der Einwand des Scheingeschäfts bei Sicherungsübereignungen mit Erfolg geltend gemacht, [3]) gegenüber der Sicherungsübereignung als solcher ist er ohne Bedeutung. [4])

Wenig Schwierigkeiten bietet auch die Prüfung der Gültigkeit der Sicherungsübereignung gegenüber dem Einwand der Unsittlichkeit im Sinne von § 138 BGB. Man muß hier trennen zwischen einer Unsittlichkeit im Innenverhältnis, insbesondere hinsichtlich des Interessenkreises des Schuldners und einer Unsittlichkeit im Außenverhältnis, d. h. bezüglich des Interessenkreises dritter Gläubiger. [5])

Im Innenverhältnis hat das Reichsgericht [6]) mit Recht den Grundsatz aufgestellt, daß bei freiwilliger Kreditaufnahme zur Eingehung eines neuen geschäftlichen Unternehmens der Tatbestand des § 138 nur unter besonderen Umständen gegeben ist, mögen auch die Bedingungen des Kreditgebers scharf sein. Es bleibt dem Schuldner ja grundsätzlich unbenommen, auf Kredit zu verzichten, falls ihm die Bedingungen des Gläubigers nicht zusagen.

Bezüglich des Außenverhältnisses ist anerkannten Rechtens, [7]) daß § 138 eingreift, wenn der Anschein der Selbstständigkeit des Schuldners erweckt wird, und dieser alle gegenwärtigen und zukünftigen Aktiven einem Gläubiger zur Sicherheit übereignet hat, „für ihn nur noch der trügerische Schein einer Selbstständigkeit und Kreditwürdigkeit übrig bleibt." [8]) Von diesen Sonderfällen abgesehen, bestehen weder Anlaß

---

1) In Arch. f. Z. P. 64/375.

2) Der Einwand, die Sicherungsübereignung stelle eine Umgehung der pfandrechtlichen Vorschriften dar, findet unten eingehende Erörterung.

3) RGE. in JW. 09/53; im „Recht" 1910/1063.

4) Ebenso RG. in Warneyer 1910 Nr. 98; Planck a. a. O. § 930 A. 5; Staub a. a. O. § 368 Anm. A 96.

5) so auch Weinhausen a. a. O. S. 63, 65; Jacusiel a. a. O. S. 27.

6) RG. 97/253.

7) RG. in JW. 1912/457; Gruchot's B. 55/883; Warneyer 1913/129; JW. 1913/318; Arch. f. Bürgerl. R. 38/12; Hamelbeck a. a. O. S. 23.

8) RG. in Warn. 1926/84; RGE. v. 9. 1. 1914.

noch Möglichkeit, § 138 als Einwand gegen die Sicherungsübereignung mit Erfolg vorzubringen. Gegen Auswüchse geben Anfechtungsgesetz, § 135 BGB in Verbindung mit § 288 St. G. B.[1]) und auch § 138 BGB Mittel genug zur Hand, sodaß kein Anlaß besteht, die Sicherungsübereignung als solche aus diesem Grunde zu verbieten.

Schwerer wiegen die Bedenken, die man gegen die Sicherungsübereignung vorbringt in analoger Anwendung der für das Pfandrecht geltenden Vorschriften.

So könnte man zweifeln, ob nicht auf die Sicherungsübereignung das Verbot der Verfallsklausel analog anzuwenden sei. Die Vertreter dieser Ansicht identifizierten den Zweckgedanken von Faustpfand und Sicherungsübereignung.[2]) Man übersah jedoch, daß die Anwendung pfandrechtlicher Grundsätze hier schon deshalb ausscheiden muß, weil sofort bei Vertragsschluß bereits das Eigentum übertragen wird. § 1229 will einer leichtfertigen Eigentumsübertragung zu Gunsten des Schuldners vorbeugen. Dieser Schutz des Schuldners kommt bei der Sicherungsübereignung zu spät. Denn der Gläubiger ist bereits bei Vertragsschluß Eigentümer geworden — wenn auch obligatorisch gebunden —; der Schuldner kann Eigentum gar nicht mehr verlieren. Es fehlt sowohl für eine unmittelbare wie auch analoge Anwendung des in § 1229 enthaltenen Verbots auf die Sicherungsübereignung an jeder gesetzlichen Unterlage.[3])

Der triftigste Grund, der gegen die Gültigkeit der Sicherungsübereignung vorgebracht wird, ist der Vorwurf der Gesetzesumgehung; daß die Form nur gewählt worden sei, um das Verbot der besitzlosen Fahrnisverpfändung (§§ 1205, 1253) zu umgehen. Die Konstruktion des Rechtsgeschäfts der Sicherungsübereignung ist in der Tat nur entstanden durch das dringende wirtschaftliche Bedürfnis nach einer Mög-

---

[1]) so auch Raape in JW. 28/1888; Staudinger a. a. O. § 135 Anm. 9 — abw. hiervon RGR.-Komm. Anm. 1 zu § 134, der hier § 134 in Anwendung bringen will, wofür jedoch weder juristische noch wirtschaftliche Gründe sprechen.

[2]) so auch von Tuhr § 77 zu Note 14.

[3]) ebenso Enneccerus § 139 II 2 b; OLG.-E. Düsseldorf vom 15. 10. 1908; Weinhausen a. a. O. S. 60; OLG. Rechtsprechung Bd. 20/169.

lichkeit, Fahrnis ohne Besitzaufgabe zur Sicherstellung zu verwenden.[1]) Aus diesem Grunde wird von einem großen Teil der Schriftsteller Gesetzesumgehung angenommen.[2])

In Deutsch-Oesterreich hat sich auch die Rechtsprechung diesem Argumente nicht verschließen können, sodaß dort die Sicherungsübereignung (im Sinne unserer Bearbeitung) als Umgehung des „Handpfandes" für nichtig erachtet wird, weil die Form nur zur Vereitelung der Absicht des Gesetzes gewollt sei.[3])

Das RG. hat im 59. Bande S. 146 ff. richtig erkannt, daß es sich bei dieser Frage nicht um eine Auslegung von Rechtsgeschäften, sondern um eine Auslegung des Gesetzes handelt.[4]) Es fragt sich, ob die §§ 1205, 1206, 1253 ein Beispiel aus jener Kategorie von Gesetzen darstellen, die gewisse wirtschaftliche Resultate völlig ausschließen wollen.

In den Motiven[5]) wird § 1253 als Mittel angesehen, das der Umgehung des Gesetzes vorbeugen soll. Die Motive erkennen also hier an, daß ein wirtschaftliches Resultat bezweckt wird und nicht bloß die Entstehung des Pfandrechts geregelt ist.

Man kann ferner nicht bestreiten, daß durch das BGB das Verlangen nach Publizität zur fast völligen Durchführung gekommen ist.

Auch die Billigkeit glauben die Gegner der Sicherungsübereignung auf ihrer Seite zu haben, indem sie gegen die Berechtigung des wirtschaftlichen Zweckes, den die Sicherungsübereignung verfolgt, Widerspruch erheben.[6]) Geschichtlicher Sinn,[7]) eine Betrachtung der Paragraphen im Zusammenhang des gesamten Rechts und Billigkeitsgründe bieten einem großen Teil der Schriftsteller Beweismittel genug, um die §§ 1205, 1206, 1253 als Gesetze zu erkennen, die ein wirtschaftliches Resultat völlig ausschließen wollen. Der für das Pfandrecht ausdrücklich ausgesprochene Wille sei Ausfluß des Prinzips, daß ein

---

[1]) Wolff/Enneccerus 2. Bd. I 1. Abt. § 163 I 1 d; Hamelbeck a. a. O. S. 25; Kernert a. a. O. S. 7; Beyer § 48 Anm. 4.

[2]) vgl. auch oben § 3.

[3]) vgl. hierzu Hoeniger in JW. 1927/2410.

[4]) ebenso auch Katzenstein a. a. O. S. 334.

[5]) Bd. III S. 801.

[6]) So Hoeniger im Bankarchiv XXVI/265.

[7]) vgl. Leonhard: Lehrbuch in kurzen Sätzen, S. 8.

Sicherungsrecht (gleichgültig ob Pfandrecht oder Eigentum) an Mobilien nur gültig sei, wenn sich die Sache auch im Besitze des Gläubigers befinde. [1])

Dieser Beweisführung stehen jedoch erhebliche Bedenken entgegen. Sprachen für obiges Ergebnis die Motive, so hat bereits die zweite Kommission die Gültigkeit der Sicherungsübereignung ausdrücklich anerkannt und festgestellt, daß sie keine Gesetzesumgehung bedeute. [2])

Auch hinsichtlich des Ergebnisses einer Betrachtung der pfandrechtlichen Vorschriften im Zusammenhang des gesamten Rechts kann man entgegengesetzter Meinung sein. Es wird — insbesondere in der Rechtsprechung — dem § 1205 nicht die Tragweite zugemessen, daß die Sicherung einer Forderung durch bewegliche Sachen des Schuldners nur im Wege der Verpfändung und nach Maßgabe jener Vorschrift solle erfolgen können. [3]) Eine Vorschrift, daß zur Erreichung des wirtschaftlichen Zweckes der Sicherung nur ein bestimmtes Rechtsgeschäft, nämlich die Bestellung eines Pfandrechts möglich sei, besteht nicht. [4]) § 1205 verbietet zwar die Verpfändung ohne Uebertragung des körperlichen Besitzes, aber eben doch nur die Verpfändung, während es sich bei der Sicherungsübereignung um eine, und zwar sehr ernstlich gemeinte Eigentumsübertragung handelt.

Insbesondere aber sind es Billigkeitsgründe, die der Sicherungsübereignung im heutigen Rechtsleben zur Anerkennung verholfen haben. Entscheidend ist die wirtschaftliche Erwägung der Erleichterung des Realkredites. Die Notwendigkeit der „Erlangung von Kredit durch Realsicherheit" [5]) zwingt zu einer engen Auslegung des § 1205 dahin, daß er nur eine Verpfändung im Sinne des BGB ohne Besitzeinräum-

---

[1]) So Katzenstein a. a. O. S. 334; Goltz a. a. O. S. 31; Hellwig: Gläubigernot a. a. O. S. 170; derselbe: Arch. f. Z. Pr. 64/375; Hoeniger in JW. 1927/627 und 717; Caspari S. 48.

[2]) Protokolle 3/445.

[3]) vgl. RG. 57/177 ff., 59 146 ff., 122/332, RGR.-Komm. Anm. 6 zu § 930, Vorbem. 5 b vor 765.

[4]) so auch Staudinger a. a. O. Anm. VIII 2 zu § 929.

[5]) RG. 59/146.

ung verbietet, nicht aber auch zugleich ein Verbot enthält, Mobilien auf anderem Wege zur Sicherstellung ohne Besitzverlust zu verwenden.[1])

Es läßt sich nicht leugnen, daß sowohl die geschichtliche Entwicklung der §§ 1205, 1206 und 1253 wie auch ihre Stellung im gesamten Recht, insbesondere aber Billigkeit und Verkehrsbedürfnis weitaus mehr und gewichtigere Gründe für als gegen die Gültigkeit der Sicherungsübereignung bieten.[2])

So führt bereits dieser Weg zur Anerkennung der Sicherungsübereignung trotz erheblicher entgegenstehender Bedenken.

Die Gültigkeit der Sicherungsübereignung ist heute aber bereits auch gewohnheitsrechtlich anerkannt.[3]) Der „Wille, daß es Recht sei“[4]) hat mit „Uebung“ die Anerkennung der Sicherungsübereignung zum Gewohnheitsrecht erstarken lassen. Trotz aller juristischen Bedenken hat sich die Sicherungsübereignung mit „elementarer Gewalt“[5]) Anerkennung verschafft — namentlich in der Rechtsprechung — und das Vertragspfand sogar fast in den Hintergrund gedrängt, weil sie einem wirtschaftlichen Bedürfnis entsprach.

In neuerer Zeit hat die Sicherungsübereignung sogar durch den Gesetzgeber eine gewisse Anerkennung gefunden. In § 22 des Gesetzes betr. die Ermöglichung der Kapitalkreditbeschaffung für landwirtschaftliche Pächter vom 9. Juli 1926 ist die Sicherungsübereignung ausdrücklich erwähnt.

§ 5. Stellung des Sicherungseigners im Konkurse des Sicherungsgebers.

Die mit der Sicherungsübereignung verbundene eigenartige Bewegung der Sicherungsstücke und bestimmt geartete Gestaltung der beiderseitigen Ansprüche zeitigt im Konkurse der Parteien gleichfalls Besonderheiten.

---

1) so auch Wolff a. a. O. § 163 Anm. 5, Weinhausen a. a. O. S. 61.

2) so insbesondere RG. 95/146.

3) so Enneccerus a. a. O. § 139 II 2b; Hamelbeck a. a. O. S. 25; Beyer a. a. O. § 48 Anm. 4; Weisweiler a. a. O. S. 9 u. a. m.

4) vgl. Leonhard a. a. O. S. 6.

5) Seckel S. 15.

Die Berechtigung solcher Abweichungen von der regelmäßigen Behandlung massefremden Eigentums im Konkurse ist noch heute stark umstritten und Gegenstand vieler Erörterungen.

Zur Bestimmung der Ansprüche auf Aussonderung eines dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstandes verweist die Konkurs-Ordnung im § 43 auf die außerhalb des Konkursverfahrens geltenden Gesetze. Eigentumsrechte erzeugen unbestreitbar in der Regel einen Anspruch auf Aussonderung. Die Anerkennung der Sicherungsübereignung als solcher zwingt dazu, auch die abstrakte Eigentumsübertragung nach § 930 BGB als gültig, und zwar als vollgültig zu betrachten. Gegen diese Folgerung werden jedoch bereits Widersprüche erhoben. In einem Versuch, über das Wesen der Sicherungsübereignung Klärung zu schaffen, wird der Eigentumsbegriff in 2 Unterarten zerlegt und behauptet, die Sicherungsübereignung mache den Treunehmer zwar zum formellen aber nicht materiellen Eigentümer der Sicherungsgegenstände.[1]) Eine Unterscheidung, die schon in der Scholastik dazu dienen mußte, Unbegründbares zu begründen.[2]) Diese Ansicht mag ihren Ursprung in mißverstandener reichsgerichtlicher Rechtsprechung haben. In der Reichsgerichtsentscheidung Band 45 S. 48 ist wie in vielen ähnlich gelagerten Entscheidungen[3]) die Rede von wirtschaftlicher und formaljuristischer Vermögenszugehörigkeit. Das Reichsgericht greift hier zurück auf den von ihm stets festgehaltenen Satz, daß bei einer Beurteilung der wirtschaftliche Wert und nicht die formaljuristische Ausgestaltung eines Rechtsaktes den Ausschlag geben müsse. Eine Spaltung des Begriffs Eigentum ist jedoch an dieser Stelle weder befürwortet noch überhaupt erwähnt worden. Die Gegenansicht schafft hier ein neues dingliches Recht, das mit der Geschlossenheit der Sachenrechte in schärfstem Widerspruch steht.[4])

Sieht man nun in der Sicherungsübereignung eine vollgültige Eigentumsübertragung — und diese Beurteilung ist u. E. allein halt-

---

[1]) vgl. hierzu Katzmann a. a. O. S. 21; ROLG. 26/48, Wolff a. a. O. S. 1472; Jacusiel a. a. O. S. 42.

[2]) vgl. Jung a. a. O. S. 559.

[3]) und RG-E. 46/167; 62/198; 91/14.

[4]) vgl. von Tuhr a. a. O. § 2 V; Wienstein in L. Z. 1908/1881.

bar — so sollte man meinen, alle Voraussetzungen des § 43 KO. seien gegeben, dem Treuhänder stehe daher ein Aussonderungsrecht am Treugut zu.

Dazu kommt, daß dem Sicherungseigner in der Singularexekution die Klage aus § 771 ZPO unbestritten zugebilligt ist. Den gleichen Zweck wie die Widerspruchsklage in der Einzelvollstreckung verfolgt in der Generalexekution, im Konkurse, der § 43 KO. Beide Bestimmungen sind inhaltlich völlig entsprechend; beide schützen den Dritten vor Zwangszugriffen an ihnen gehörenden Vermögensstücken seitens der Gläubiger des Besitzers. Wem bei der Pfändung die Widerspruchsklage gegeben, den schützt im Konkurse § 43 KO. Auch daraus müßte man schließen, daß dem Sicherungsnehmer im Konkurse ein Aussonderungsrecht gegeben sei.

In der Tat wird dieser Schluß von einem großen Teil der Schriftsteller gezogen. [1])

Besondere Zweckmäßigkeitsgründe sind es jedoch gewesen, die die Rechtsprechung, geführt durch das Reichsgericht, von Anfang an bis jetzt in fester Praxis sich darauf hat beschränken lassen, dem Sicherungseigner ein Recht auf abgesonderte Befriedigung gemäß § 48 KO. zuzuerkennen.

Diese Abweichung von der regelmäßigen Behandlung fremden Eigentums im Konkurse des Besitzers ist mit verschiedenartigsten Gründen zu rechtfertigen versucht worden. Und jeder einzelnen Begründung sind Gegengründe erwachsen.

Es läßt sich kaum bestreiten, daß die Anerkennung des Aussonderungsrechts an Sicherungsgegenständen in der Praxis zu unbefriedigenden Ergebnissen führen würde. Auf der einen Seite würde das mittels Besitzkonstitut geschaffene Eigentumsrecht durch den Konkurs des Schuldners insofern eine erheblich günstigere Gestaltung erfahren, als der Gläubiger nun in den Besitz der Sicherungsgegenstände käme; auf der anderen Seite würden die Ueberschüsse, die eine Verwertung

---

[1]) ROLG. 26/48; Senf a. a. O. S. 91; Jacusiel a. a. O. S. 42; Katzmann a. a. O. S. 51 u. a. m.

der sicherungsübereigneten Sachen etwa zeitigen könnte, den übrigen Konkursgläubigern entgehen.[1])

Rein wirtschaftlich betrachtet führt die Aussonderung des Sicherungsgegenstandes zu Ergebnissen, die weder im Sinne der Parteien, noch erwünscht sind. Wie bereits eingehend klargelegt, handelt es sich für die Parteien im wesentlichen darum, eine Realsicherung zu schaffen durch Gegenstände, deren Besitz dem Schuldner mehr oder weniger unentbehrlich ist. Im übrigen soll sich die Sicherung dahin auswirken, daß der Gläubiger bei vertragswidriger oder nicht richtiger Erfüllung seiner Forderung seine Befriedigung aus den übereigneten Vermögensstücken suchen kann. Der Sicherungsgegenstand spielt die Rolle eines evtl. Befriedigungsmittels für den Sicherungseigner und gilt gegebenenfalls als Mittel zur Erfüllung der Forderung.[2]) Im Konkurse des Schuldners verhält sich in Konkurrenz mit nichtgesicherten Forderungen der Sicherungsgegenstand in seiner materiellen Bedeutung in keiner Weise anders als ein verpfändetes Vermögensstück des Schuldners. Vom wirtschaftlichen Standpunkte aus muß es deshalb als unbefugt erscheinen, der Sicherungsübereignung eine weitgehendere Bedeutung im Konkurse des Schuldners zuzubilligen als der Verpfändung.

Aus solchen rein wirtschaftlichen Erwägungen heraus dem Sicherungseigner im Konkurse ein Aussonderungsrecht abzusprechen,[3]) das jedem anderen Eigentümer zugebilligt wird, erscheint uns jedoch als zu weitgehend. Diese Bedenken mögen zu dem Versuch geführt haben, auch eine rechtliche Analogie zum Pfandrechte zu konstruieren.[4]) Es fragt sich jedoch sehr, ob eine derart nahe Verwandtschaft zwischen Sicherungsübereignung und Verpfändung besteht. Beide haben allerdings gemeinsam, daß sie ein Mittel zur Gläubigerversicherung darstellen. Im übrigen liegt aber gerade in ihrer Verschiedenheit der Wert und die Bevorzugung der Sicherungsübereignung.[5]) Es muß merkwürdig erscheinen, daß man hier eine weitgehendste Aehnlichkeit befürworten will,

---

[1]) vgl. Weinhausen S. 106.

[2]) vgl. Kernert a. a. O. S. 23.

[3]) vgl. Weinhausen a. a. O. S. 108.

[4]) RG. im „Recht" 1915/2588; RG. 91/279; L. Z. 10/158.

[5]) vgl. Neckels a. a. O. S. 59.

während man bei der Frage, ob die Sicherungsübereignung eine Umgehung der pfandrechtlichen Vorschriften bedeute, eine nahe Verwandtschaft der beiden juristischen Formen energisch bestreitet.[1] Eine Begründung der Absonderung des Sicherungsgegenstandes im Konkurse des Schuldners nur aus Analogie zum Pfandrecht dürfte kaum überzeugend sein.

Auch der Umweg über § 64 KO. führt nicht zum Ziel. Mit Unrecht allerdings wird u. E. dem § 64 KO. jede Bedeutung über das Pfandrecht hinaus abgesprochen.[2] § 64 KO. besagt, daß ein Gläubiger, der abgesonderte Befriedigung beansprucht, im Konkurse des auch persönlich haftenden Schuldners nur den Betrag zur Anmeldung als Konkursforderung bringen darf, mit dem er „ausgefallen" ist. Diese Bestimmung kann nicht nur für's Pfandrecht von Gültigkeit sein, nur aus dem Grunde, weil sie allein bei dessen Behandlung besonders festgelegt ist.[3] Mit Recht weist das Reichsgericht an entsprechender Stelle darauf hin, daß es für den Gesetzgeber eine unerfüllbare Aufgabe ist, jedes allgemeine Gesetzesprinzip mit der Klarheit auszusprechen, daß sich seine Anwendung auf alle Fälle, die von dem Prinzip beherrscht sind, durch einfache Schlußfolgerung ergibt. „Ferner ist es nicht Aufgabe des Gesetzgebers, an alle juristischtechnischen Möglichkeiten zu denken, vermöge deren die Ziele des Gesetzgebers vereitelt werden könnten."[4] Aufgabe der Rechtswissenschaft ist es, allgemeine Prinzipien zu Tage zu fördern und insbesondere nicht zu dulden, daß die Wirksamkeit der Grundprinzipien durch Rechtsakte, die in anderem juristischem Gewande zu demselben Ergebnis führen, eingeschränkt werden.

Eine solche Umgehung eines Grundprinzips des geltenden Rechtes würde es bedeuten, wenn durch Sicherungsübereignung besonders gedeckte Gläubiger unbeschadet der Sicherung mit dem vollen Betrage an der Konkursverteilung konkurrieren könnten.[5] Der Schutzzweck des

---

1) vgl. Katzmann a. a. O. S. 51; Wolff a. a. O. § 163 I 14.

2) so z. B. ROLG. 26/48.

3) vgl. Kernert a. a. O. S. 25.

4) RG-E. 24/47.

5) so auch Jäger KO. § 48 Anm. 3.

§ 64 gebietet seine Anwendung auch im Falle der Sicherungsübereignung.[1]) § 64 KO. ist aus Gründen des öffentlichen Interesses einer gesunden Regelung der Kreditverhältnisse zu dienen bestimmt.[2])

Erscheint so tatsächlich aus § 64 ein Grundprinzip herauszusprechen, das der Bestimmung eine Bedeutung über das Pfandrecht hinaus für die Sicherungsübereignung verschafft, so ist dadurch in keiner Weise erwiesen, daß auch die übrigen pfandrechtlichen Vorschriften und Regelungen auf die Sicherungsübereignung unmittelbar oder analog anzuwenden seien.[3]) Insbesondere kann die Frage, ob dem Gläubiger ein Aus- oder Absonderungsrecht an Sicherungsgegenständen zuzubilligen ist, nicht im Hinblick auf die Bedeutung des § 64 KO. entschieden werden.[4]) Aus obigen Erörterungen ergibt sich allein, daß § 64 KO. auf die Sicherungsübereignung Anwendung findet, aber sonst nichts.

Eine wirklich haltbare Begründung dafür, dem Sicherungseigner im Konkurse des Gläubigers nicht ein Aussonderungsrecht, sondern ein Absonderungsrecht zuzubilligen ist u. E. weder in Analogie zum Pfandrecht noch aus rein wirtschaftlichen Erwägungen heraus zu finden.

Auf besondere Weise versucht Fischer zur Klärung der Frage zu verhelfen.[5]) Ein Absonderungsrecht sei ein Recht auf Befriedigung aus einem Gegenstand, der seinerseits selbst ein Stück der Masse sei, von dieser zwar abgesondert werde, aber doch nicht als ein ihr völlig fremder behandelt werden dürfe. Und dies treffe bei der Sicherungsübereignung auf die Stellung des Gläubigers „in gewissem Sinne“ gleichfalls zu, denn der ihm zu seiner Befriedigung verfügbare Gegenstand sei doch „wenigstens“ durch einen persönlichen Anspruch an die Masse gebunden und ihr auf Grund eines Befriedigungsrechtsverhältnisses zurückzugewähren.

Während hier Sicherungsgegenstände als „der Masse nicht völlig fremd“ bezeichnet werden, setzt sich neuerdings eine Ansicht durch, die

---

1) so zuletzt RG. in JW. 1928/2139.

2) ebenso RG. 24/45; Kernert a. a. O. S 27, Jäger a a. O. § 48 Anm. 3; Fischer a. a O. S. 79; vgl. auch Motive: Hahn: Materialien IV S. 254; anders Katzmann a. a. O. S. 51.

3) vgl. Jäger § 48 Anm. 3; RG. 24/48 ff.

4) vgl. Neckels S. 59.

5) a. a. O. S. 78; ähnlich Beyer a. a. O. § 48, 4b.

sicherungsübereignete Sachen zum Vermögen des Treugebers rechnet.[1]) Bewußt setzt man sich mit der grundsätzlich noch heute gültigen Definition in Widerspruch, nach der das Vermögen die Gesamtheit der (Geldwerten) Rechte einer Person ist. Die eigenartige Gestaltung der Treuhandverhältnisse habe dazu geführt, gewohnheitsrechtlich das Treugut zum Vermögen des Treugebers, nicht des Treuhänders zu zählen.[2]) Man hält die Bindung des an sich vollgültig übertragenen Eigentums an die zu Grunde liegende Forderung für erheblich genug, um einen Vermögensübergang zu verhindern.[3]) Nur die Anerkennung einer solchen Bindung des Sicherungseigentums an die Forderung ermögliche es, im Konkurse die Grundsätze der Absonderung auf die Sicherungsübereignung anzuwenden. Die Triftigkeit dieser Beweisführung läßt sich nicht von der Hand weisen.

Eine ähnliche Anschauung liegt der Regelung der Sicherungsübereignung im englischen Recht zu Grunde. Der Schuldner bleibt als sogenannter equitable owner nach Billigkeitsrecht Eigentümer der sicherungshalber durch Bill of Sale übertragenen Gegenstände. (Ein Bill of Sale ist ein urkundlicher Akt, der durch 2 Zeugen und einen Solicitor beglaubigt und in einem besonderen öffentlichen Register eingetragen wird.) Dem Schuldner verbleibt dort sogar das Recht, an bereits sicherungshalber übereigneten Gegenständen weitere Bills of Sale zu bestellen, deren Rang dann durch das Datum der Registereintragung bestimmt ist.[4])

In erster Linie ist u. E. die Zuerkennung des Absonderungsrechts jedoch durch folgende Ueberlegung zu rechtfertigen:

Der Konkurs bedeutet die Zwangsliquidation des gesamten Vermögens des Schuldners. In dieser Zwangsliquidation nimmt der Sicherungseigner eine besondere Stellung ein. Er ist einerseits Konkursgläubiger, und zwar bezüglich der gesicherten Forderung, andererseits aber auch Masseschuldner, und zwar insoweit, als er nach Befriedigung

---

1) so insbesondere Wolff in JW. 1930/1472.

2) so z. B. RG. 79/121; 84/217; 103/199.

3) so auch Kernert a. a. O. S. 28, 30.

4) vgl. Schauer a. a. O. S. 24 f.

zur Rückgabe der Sache bezw. des Erlöses verpflichtet ist. Das Wesen des Konkurses drängt und nötigt nun zu einer sofortigen Lösung aller Rechtsverhältnisse. Nicht nur die sachenrechtlichen, sondern auch die persönlichen Rechtsbeziehungen werden hiervon erfaßt. Diese Rechtslage gestattet keinen Aufschub des Soll und Haben von Sicherungsgläubiger und Gemeinschuldner. Dazu kommt, daß nach dem Wesen der Vereinbarung das Befriedigungsrecht und die obligatorische Rückgabepflicht des Sicherungsgläubigers in unmittelbarem, auch eine zeitliche Nennung nicht gestattenden Zusammenhange stehen.

Dieser Gedankengang führt mit Notwendigkeit zu dem Ergebnisse, dem Treuhänder ein bloßes Absonderungsrecht an den Sicherungsgegenständen zuzubilligen. Die Zuerkennung eines Aussonderungsrechtes würde einen zweckwidrigen Aufschub des endgültigen Vermögensausgleichs herbeiführen. Das Absonderungsrecht gewährt dem Treunehmer seine Befriedung aus dem Gegenstande, soweit das der Wert und Erlös der übereigneten Sache zuläßt. Ein etwaiger Ueberschuß fällt unmitelbar in die Masse zurück. [1])

Eine derartige Regelung entspricht in jeder Beziehung dem Zweck des Vertrages und dem Willen der Vertragschließenden. Sie verteilt die Rollen der Parteien im Konkurse geradeso, wie die Parteien selbst sie außerhalb des Konkurses nach dem Inhalte des jeweiligen Vertrages spielen wollen.

Ueberzeugte Vertreter dieser Ansicht gehen sogar so weit, daß sie ein arglistiges Handeln des Sicherungsnehmers annehmen, wenn er Aussonderung verlangt, weil die Absonderung allein genüge, um ihm zur Befriedigung seines Anspruchs zu verhelfen. Der Zweck der Sicherungsübereignung sei die Sicherung des Sicherungseigners, nicht aber der Eigentumserwerb. [2])

Wie auch sonst sehr bald in Fragen, die von hervorragender Bedeutung für das Wirtschaftsleben sind, sich — geführt durch feste Richt-

---

[1]) ähnlich RG. 124/75; Loewenwarter a. a. O. S. 41; RGR-Komm. Anm. 3 zu § 930.

[2]) vgl. Proskauer a. a. O. S. 56.

linien des Reichsgerichts — eine gleichartige Behandlung in der Rechtsprechung herausbildet, die zu einer neuen Rechtsüberzeugung führt, so hat sich auch in dieser Frage heute bereits ein Gewohnheitsrecht entwickelt, das dem Sicherungseigner im Konkurse des Schuldners ein Absonderungsrecht zubilligt.

Wirtschaftliche Gründe, gepaart mit juristischen Erwägungen haben zu dieser in jeder Beziehung glücklichen Lösung der Frage geführt, die heute bereits „als von jeher feststehend" bezeichnet wird. [1]).

---

[1]) JW. 1928/63

2. Abschnitt.

Die Sicherungsabtretung von Forderungen und ihre Behandlung im Konkurse des Fiduzianten.

§ 6. Das Wesen der Sicherungsabtretung.

Auch die Sicherungsabtretung ist in der Form, die sich heute überwiegend durchgesetzt hat, aus einem dringenden wirtschaftlichen Bedürfnisse heraus entstanden. Auf der einen Seite besteht die Notwendigkeit, alle nur irgend tauglichen Mittel zur Schaffung einer Gläubigersicherung zu verwenden, auf der anderen Seite würde eine Bekanntmachung der Sicherung eines Kreditgebers durch eine Forderung unvermeidlich zu falschen Schlüssen auf die Kreditfähigkeit des Schuldners führen und weitere Lieferungsaufträge seitens der Drittschuldner erheblich gefährden. Da nun eine Sicherung durch Forderungsverpfändung zu ihrer Gültigkeit einer Benachrichtigung des Drittschuldners bedarf, so bedurfte es der Schaffung eines neuen juristischen Weges zur Erreichung des an sich gleichen Zweckes, der Sicherung durch Außenstände.

Dieses Ziel ist — ähnlich wie bei der Sicherungsübereignung — zu erlangen gewesen durch die Vereinigung zweier juristischer Formen: der Forderungsabtretung und des Treuhandgeschäftes.

Es handelt sich hier um eine wirkliche Abtretung, ebenso wie die Sicherungsübereignung eine wirkliche Uebereignung darstellt, nur mit der treuhänderischen Einschränkung, deren Grundgedanke sich dahin zusammenfassen läßt, daß die Abtretung nicht zur Befriedigung, sondern zur Sicherung führen soll. [1])

Im Einzelnen besteht die Treuhandabrede darin, daß der Sicherungsnehmer, an den abgetreten wird, verpflichtet wird, für den Fall der Befriedigung durch den Treugeber, die Forderung unverzüglich zurückzuübertragen, daß dagegen im Falle der Nichtbefriedigung der

---

[1]) vgl. Weinhausen a. a. O. S. 780.

Sicherungsnehmer berechtigt ist, aus der ihm abgetretenen Forderung seine Befriedigung zu suchen und nur den über seine Ansprüche hinausgehenden Ueberschuß an den Sicherungsgeber herausgeben muß.[1]) Hinzu kommt die Vereinbarung, daß dem Schuldner die Befugnis verbleiben soll, die abgetretene Forderung selbst einzuziehen und den Gläubiger dann sofort durch anderweitige Zession sicherzustellen.

Nur auf diesem Wege ist das gemeinsame Ziel der Parteien zu erreichen: Sicherung durch Außenstände ohne Kredit- und Betriebsgefährdung des Schuldners.

Zwecks Veranschaulichung sei nachfolgend ein vollständiger Sicherungsabtretungsvertrag als Beispiel der Form wiedergegeben, wie sie unter Berücksichtigung aller Interessen der Parteien sich in der Praxis heute durchgesetzt hat:

Vertrag

zwischen der Firma Bankgeschäft Müller & Co. in Berlin und der Firma Heinrich Mäder in Berlin.

1.

Das Bankgeschäft Müller & Co. gewährt der Firma Heinrich Mäder in Berlin ein Darlehn in Höhe von 20 000,— GM (i. W. zwanzigtausend Goldmark) — 1 Goldmark = 1/2790 Kg. Feingold —.

2.

Das Darlehn ist mit 11% zu verzinsen und nach einer beiden Parteien zustehenden Kündigung von 6 Monaten zurückzuzahlen.

3.

Die Zahlung der Zinsen hat vierteljährlich postnumerando zu erfolgen.

4.

Zur Sicherung des vorstehenden Darlehns nebst Zinsen und Kosten tritt die Firma Heinrich Mäder die aus dem anliegenden Verzeichnis ersichtlichen Außenstände in Gesamthöhe von 25 175,94 RM an das Bankgeschäft Müller & Co. in Berlin ab.

---

1) vgl. Senf S. 134.

5.

Die Firma Heinrich Mäder verpflichtet sich, über die Eingänge aus diesen Außenständen, ob diese nun bar bezw. über Post- oder Bankkonto, durch Wechsel oder Scheck oder durch Gegengeschäfte getilgt werden, erst dann zu verfügen, wenn der Firma Bankgeschäft Müller & Co. eine Forderung mindestens in Höhe des eingegangenen Betrages neu abgetreten worden ist.

6.

Ueber jede abgetretene Forderung wird ein Benachrichtigungsschreiben der Firma Heinrich Mäder an den betreffenden Drittschuldner ausgestellt, das vorläufig von dem Bankgeschäft Müller & Co. in Verwahrung genommen wird, von ihm aber an die betreffenden Drittschuldner zur Absendung gelangen kann, sobald es dies im eigenen Interesse für erforderlich hält. Dies wird insbesondere dann der Fall sein, wenn die Bestimmungen dieses Vertrages nicht eingehalten, Zinszahlungen nicht pünktlich erfolgen, gegen die Darlehnsgeberin Zwangsvollstreckungen, Anträge auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens oder Anträge auf Eröffnung des Konkursverfahrens gestellt werden.

7.

Die Firma Heinrich Mäder verpflichtet sich, dem Bankgeschäft Müller & Co. eine Meldung über die eingehenden Beträge schriftlich zu erstatten und für den Fall, daß kein Betrag eingegangen ist, eine entsprechende Fehlanzeige zu machen.

8.

Das Bankgeschäft Müller & Co. ist jederzeit berechtigt, den Austausch einer abgetretenen Forderung, gegen die es Bedenken hat, zu beanspruchen.

9.

Falls gegen die Darlehnsnehmerin Zwangsvollstreckung, Anträge auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens oder Anträge auf Eröffnung des Konkursverfahrens gestellt werden, ist die Firma Heinrich Mäder verpflichtet, dies dem Bankgeschäft Müller & Co. unverzüglich mitzuteilen.

10.

Bei Nichterfüllung der Bestimmungen dieses Vertrages ist das Bankgeschäft Müller & Co. jederzeit berechtigt, die Rückzahlung dieses Darlehns nebst Zinsen und Kosten zu verlangen.

11.

Sämtliche durch diesen Vertrag entstehenden Kosten, insbesondere auch die Stempelkosten, gehen zu Lasten der Firma Heinrich Mäder in Berlin. Als Ueberwachungs- und Prüfungsgebühren werden 50,— RM für jedes angefangene Kalendervierteljahr, erstmalig am Tage der Hingabe des Darlehns fällig, vereinbart.

12.

Die Firma Heinrich Mäder in Berlin verpflichtet sich, über alle übereigneten Forderungen jede ihr mögliche Auskunft zu erteilen.

13.

Die Rückübertragung der dem Bankgeschäft Müller & Co. übereigneten Forderungen kann die Firma Heinrich Mäder erst dann verlangen, wenn das Darlehn einschließlich Zinsen, Kosten und Prüfungsgebühren zurückgezahlt ist.

14.

Vereinbarter Gerichtsstand für alle aus diesem Vertrage sich ergebenden Rechtsstreitigkeiten ist Berlin.

Berlin, den 1. Oktober 1931.

---

§ 7. Bedenken gegen die Sicherungsabtretung.

Gegen die Gültigkeit der Sicherungsabtretung in der von uns betrachteten Hauptform sind die gleichen Bedenken erhoben worden wie gegen die Sicherungsübereignung.

Den Vorwürfen, die Sicherungsabtretung sei als Scheingeschäft oder wegen Nichternstlichkeit oder Unsittlichkeit nichtig, kann mit den hinsichtlich der Sicherungsübereignung angestellten Ueberlegungen entgegengetreten werden.

Analog den dort geltenden Rechtsregeln führt auch hier ein nicht ernstlich gemeinter Gläubigerwechsel im Einzelfall zur Nichtigkeit der Sicherungsabtretung, [1]) ist auch hier eine äußerlich in Erscheinung tretende Bestimmbarkeit der abgetretenen Forderungen nötig. [2]) Entsprechend der Behandlung der Sicherungsübereignung ist die Sicherungsabtretung bei Veräußerungsverbot nichtig, kann sie als Scheingeschäft [3]) ungültig sein, bedeutet die Abtretung sämtlicher künftiger Forderungen Rechtsunwirksamkeit des ganzen Rechtsgeschäftes.

Ueber diese Einzelfälle hinaus auf die Ungültigkeit der Sicherungsabtretung als solcher zu schließen, ist hier ebensowenig gerechtfertigt wie bei der Sicherungsübereignung.

Ein Zeichen für die Nichternstlichkeit wollte man insbesondere in der Vereinbarung sehen, die dem Sicherungszessionar die Benachrichtigung des Drittschuldners und somit die Einziehung verbietet. [4])

Ein solcher Schluß erscheint jedoch verfehlt. Die Zession erfolgt bei der Sicherungsabtretung zunächst nur sicherungshalber und erst bei Leistungsverzug erfüllungshalber. Selbstverständlich ist, daß im Falle des Verzugs jene Abrede dem Zwecke des Geschäfts entgegenstände, wenn der Gläubiger an der vollen Ausübung seiner Rechte gehindert würde; es widerspricht jedoch keineswegs dem Wesen der Gesamtvereinbarung, wenn vor dem Eintritt des Leistungsverzugs sich der Zessionar mit dieser geringeren Sicherung zunächst zufrieden gibt.

Der Vorwurf der Gesetzesumgehung — hinsichtlich der für das Pfandrecht geltenden Bestimmung des § 1280 — der gegen die Sicherungsabtretung mit entsprechender Begründung wie gegen die Sicherungsübereignung wegen der pfandrechtlichen Vorschriften in § 1205, 1206 und 1253 erhoben wird, läßt sich hier mit einem Hinweis auf die dort gemachten Ausführungen erledigen. [5]) Die Einwände daraus sind bei der Sicherungsabtretung von vornherein minder gewichtig als bei

---

[1]) L. Z. 16/1006; RG. 92/100.

[2]) RG. in JW. 1914/830; RG. 92/238; 98/202.

[3]) RG. 25/209; im „Recht“ 04/361.

[4]) vgl. Höbel S. 53; Senf S. 143 a. a. O.

[5]) vgl. hierzu auch Caspari S. 43/44; Hellwig Arch. f. Z. Pr. 64/369 ff.; Endemann BGB. Bd. 2 § 143, Anm. 1; § 144 Anm. 1, 3.

der Sicherungsübereignung, weil Besitz, d. h. Scheinbarkeit einer bestimmten Vermögenszugehörigkeit des Wertgegenstandes für Dritte bei Forderungen nicht in Frage kommt und damit der Offenkundigkeitsgrundsatz wenigstens in seiner Hauptbedeutung — nämlich bez. Dritter, insbesondere pfändungslustiger Gläubiger — wesentlich zurücktritt.

Die Rechtswirksamkeit der Sicherungsabtretung im weitesten Sinne ist im Gegensatze zu der der Sicherungsübereignung kaum ernsthaft bezweifelt worden, weil sie bereits im Bürgerlichen Gesetzbuch durch den Gesetzgeber Anerkennung gefunden hat; in § 223 Abs. 2 BGB ist ausdrücklich von zur Sicherung eines Anspruchs übertragenen Rechten die Rede.

§ 8. Stellung des Sicherungszessionars im Konkurse des Sicherungszedenten.

Eine eingehende Betrachtung dieser Frage bedarf der getrennten Behandlung dreier Eventualitäten:

1. Fall: Die abgetretene Forderung gehört noch im Augenblicke der Geltendmachung durch den Sicherungsnehmer zu den Außenständen,

2. Fall: Die abgetretene Forderung ist nach Konkurseröffnung durch den Konkursverwalter eingezogen worden.

3. Fall: Die abgetretene Forderung ist vor Konkurseröffnung von dem Schuldner eingezogen worden. Eine Ersatzabtretung aber hat noch nicht stattgefunden.

Nach der eingehenden Prüfung der entsprechenden Rechtsverhältnisse im Konkurse des Sicherungsübereigners bereitet der erste Fall hier keine größeren Schwierigkeiten mehr.

Auch die Sicherungsabtretung überträgt nach außen dem Zessionar die vollen Rechte aus der Forderung. Im Falle der Zwangsvollstreckung steht dem Treunehmer anerkannten Rechtes die Widerspruchsklage nach § 771 ZPO zu.[1] Und doch wird auch dem Sicherungszessionar im Konkurse des Schuldners nur ein Absonderungs- und

---

[1]) vgl. hierzu z. B Höbel a. a. O. S. 56.

nicht ein Aussonderungsrecht zugebilligt.[1] In gleicher Weise wie im Falle der Sicherungsübereignung ist gegen diese Regelung Sturm gelaufen worden.[2] Die rechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse sind hier so völlig gleich gelagert, daß es eine Wiederholung des an gleicher Stelle bei der Sicherungsübereignung Gesagten bedeuten würde, wenn auch für die Sicherungsabtretung der Beweis der Berechtigung dieser Regelung erbracht werden sollte.

Ist weder vom Gemeinschuldner noch vom Konkursverwalter die abgetretene Forderung eingezogen worden, so bedarf es für den Sicherungszessionar zur Wahrung seiner Interessen nur der Geltendmachung seines Rechtes auf abgesonderte Befriedigung.

Wesentlich ungeklärter sind die entsprechenden Rechtsverhältnisse hinsichtlich des Falles, daß die abgetretenen Außenstände bereits eingezogen sind. Zunächst beschäftigt uns hier der Fall: die abgetretene Forderung ist nach Konkursausbruch vom Konkursverwalter eingezogen worden.

Bejaht man ein Aussonderungsrecht des Fiduziars im Konkurse des Fiduzianten, dann scheint diese Frage zunächst auf keine Schwierigkeiten zu stoßen. In § 46 KO. ist im Falle der Veräußerung von Gegenständen, deren Aussonderung verlangt werden konnte, dem Berechtigten eine sogenannte Ersatzaussonderung an den Gegenleistungen zugebilligt, soweit durch diese die Masse nach Eröffnung des Verfahrens bereichert ist. Wenn also die abgetretene Forderung vor der Konkurseröffnung vom Sicherungszedenten oder nach Konkurseröffnung vom Konkursverwalter an einem im Sinne des § 407 Abs. 1 BGB gutgläubigen Dritten weiter veräußert worden ist, dann steht dem Sicherungszessionar die Aussonderung für seine gesamten Ansprüche zu.[3]

Unter Veräußerung im Sinne des § 46 KO. wird auch die Einziehung fremder Forderungen gerechnet. Der Sprachgebrauch des Verkehrs bezeichnet das Einziehen einer Forderung zwar nicht als Ver-

---

1) Lilienthal DJZ. 1902/545, JW. 1928/2140; Wilmowski § 64 Anm. 5; RG. 91/279.

2) Berolzheimer a. a. O. S. 50; Höbel a. a. O. S. 67; Koch, Bank-Archiv 18 Nr. 4/5.

3) Höbel a. a. O. S. 57.

äußern. Hat jedoch der Konkursverwalter einen der Aussonderung unterliegenden Anspruch, z. B. eine vom Gemeinschuldner rechtswirksam abgetretene Forderung, um deren Abtretung der Drittschuldner noch nichts weiß, durch Einziehung getilgt, dann ist eine dem § 46 Satz 2 KO. entsprechende Rechtslage gegeben. Aus diesem Grunde muß es gerechtfertigt erscheinen, auch auf die Einziehung fremder Forderung dieselben Rechtssätze hinsichtlich einer Ersatzaussonderung anzuwenden wie bei ihrer Abtretung. [1])

§ 46 KO. umfaßt jedoch nur die Fälle, in denen der Leistungsgegenstand noch unterscheidbar in der Masse vorhanden ist. [2]) Sind also die eingezogenen Gelder bereits ununterscheidbar mit den übrigen Massegeldstücken vermischt, so ist auch für diejenigen der § 46 nicht mehr anwendbar, die dem Sicherungszessionar im Konkurse des Zedenten ein Aussonderungsrecht zubilligen.

Um in diesem Falle dem Sicherungszessionar zu seinem Rechte zu verhelfen, ist nur ein Weg gangbar, und zwar der, welcher ohne Berücksichtigung, ob die eingezogenen Gelder vermischt sind oder nicht, denjenigen allein zu Gebote steht, die dem Treuhänder kein Aussonderungsrecht, sondern nur ein Absonderungsrecht im Konkurse des Sicherungszedenten gewähren. Von diesem Standpunkte aus kann von einer Ersatz„aussonderung" in keinem Falle die Rede sein. [3]).

Wohl aber ist der Berechtigte Massegläubiger geworden und kann eine Berichtigung seiner Forderung nach § 59 KO. verlangen.

Es bedarf hier keiner besonderen Erörterungen mehr darüber, daß sich der Anspruch gegen die Masse im Falle der Sicherungsabtretung auf die Höhe der gesicherten Forderung beschränkt, die dem Gläubiger gegen den Schuldner zusteht. Das ergibt sich aus den gleichen Gründen, die oben dazu geführt haben, dem Sicherungsgläubiger im Konkurse des Zedenten nur ein Absonderungsrecht zuzubilligen.

Der Masse sind Mittel zugeflossen, die auf Grund einer auch im Falle der Sicherungsübereignung vollgültigen Verfügung über ent-

---

[1]) so auch von Wilmowski § 46 Anm. 7; von Sarwey-Bossert § 46 Anm. 4; Jäger Anm. 9 zu § 46.

[2]) so auch RG. 98/149; Jäger a. a. O. Anm. 17 zu § 46 u. a. m.

[3]) vgl. hierzu allerdings Jäger a. a. O. Anm. 5 zu § 46.

sprechende Außenstände einem Dritten und nicht dem Gemeinschuldner bezw. der Masse zustehen. Der Anspruch des wahren Gläubigers einer Forderung, die der Konkursverwalter als zur Masse gehörig eingezogen hat, gehört somit unbestreitbar zu den Ansprüchen aus einer rechtlosen Bereicherung der Masse im Sinne von § 59 Nr. 3 KO.[1])

Im Einzelfalle können auch die Voraussetzungen des § 59 Nr. 1 vorliegen. Ohne Bedeutung ist hierfür, ob der Verwalter mit seiner Handlung vorsätzlich oder fahrlässig die Interessen Dritter verletzt hat, oder verschuldensfrei gehandelt hat; ob er in unserem Falle von der Abtretung der von ihm eingezogenen Forderung Kenntnis hatte, sich in fahrlässiger Unkenntnis darüber befand, oder ohne jegliches Verschulden nicht darüber unterrichtet war. Es bedarf dagegen stets einer genauen Prüfung, ob Ansprüche „aus“ Handlungen des Konkursverwalters entstanden sind. Zu bejahen ist die Frage nach dem erforderlichen Kausalzusammenhang u. E. ohne Bedenken im Falle einer Zwangsbeitreibung der Außenstände durch den Konkursverwalter. Ob auch eine Mahnung des Konkursverwalters an den Drittschuldner genügt, um hier von Ansprüchen „aus“ Handlungen des Konkursverwalters sprechen zu können, muß zum mindesten zweifelhaft erscheinen und ist u. E. zu verneinen.

Die Frage, ob konkurrierend mit dem Anspruch aus § 59 Nr. 3 KO. hier auch der aus § 59 Nr. 1 im Einzelfall gegeben ist, wird meist nicht von großer Bedeutung sein, da in der Regel für unsere Fälle[2]) der Anspruch aus § 59 Nr. 1 dem Gläubiger nicht zu mehr verhelfen wird wie der aus § 59 Nr. 3.

Zu erörtern bleibt endlich der Fall: Die abgetretene Forderung ist vor Konkurseröffnung von dem Sicherungszedenten abgetreten worden, eine Ersatzabtretung aber hat noch nicht stattgefunden.

Abgesehen von der Sondergestaltung, die der Sicherungsabtretung durch ihren fiduziarischen Charakter evtl. zukommen könnte (wovon

---

[1]) so auch RG. 98/150; Sydow-Busch a. a. O. Anm. 5 zu § 59; Jäger a. a. O. Anm. 17 zu § 46 u. a. m.

[2]) In anderen Fällen kann dagegen der Anspruch aus § 59 Nr. 1 viel weiter gehen als der aus § 59 Nr. 3.

gleich unten), ist es hier nach der geltenden Konkursordnung unmöglich, dem Verletzten mehr Rechte zuzubilligen als einem Konkursgläubiger. Nach § 1 KO. umfaßt das Konkursverfahren das gesamte (einer Zwangsvollstreckung unterliegende) Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm z. Zt. der Eröffnung des Verfahrens gehört. Hat nun der Gemeinschuldner die Forderung eingezogen, so bedeutet das für den Regelfall, daß er Eigentum daran gewonnen hat, die eingezogenen Gelder gehören zu seinem Vermögen und unterliegen als solche vom Augenblicke der Konkurseröffnung an der Gesamtbeschlagnahme. Ob die Gelder noch unterscheidbar oder bereits vermischt sind, hat keinerlei rechtliche Bedeutung.[1]) Zweifellos ist dieses Ergebnis nicht befriedigend, das Gesetz bietet jedoch keinerlei Handhabe, dem Verletzten eine günstigere Stellung im Konkurse des Zedenten einzuräumen. „Dieser Fall wurde bei der Abfassung des Gesetzes offenbar nicht in Erwägung gezogen.“[2])

Die mit dem Treuverhältnis verbundene Sonderstellung des Fiduzianten bietet im Falle der Sicherungsabtretung jedoch eine Möglichkeit, den Gläubiger günstiger zu stellen.

Regelmäßig ist zwar dem Sicherungszedenten die Befugnis belassen, die abgetretenen Außenstände einzuziehen, jedoch allein aus dem Grunde, um bei den Drittschuldnern keine Bedenken gegen die Kreditfähigkeit das Fiduzianten aufkommen zu lassen. Jegliche sonstigen Verfügungsrechte über die eingezogenen Gelder sollen aber dem Sicherungszessionar zustehen.

Verletzt der Sicherungszedent diese Abrede nicht, dann handelt es sich u. E. hier um ein sogenanntes „Geschäft, wen es angeht“, und sind dessen Rechtsregeln anwendbar. Es liegt der Fall vor, daß beim Einkassieren von Geld jemand im Hintergrunde das Eigentum zufällt, d. h. dieser Dritte wird unmittelbar berechtigt aus dem Geschäft, das der Mittelsmann im Verkehr im eigenen Namen mit dem Außenstehenden abschließt; die Aktivseite verpflanzt sich mit Erfüllung des Geschäftes auf ihn fort, er macht einen sofortigen Eigentumserwerb.[3])

---

[1]) vgl. Motive II S. 186; JW. 1916/1355.

[2]) Jäger a. a. O. Anm. 12 zu § 46.

[3]) vgl. Loewenwarter a. a. O. S. 33.

Da es in der Regel dem Außenstehenden, dem ja der Mittelsmann gemäß § 164 Abs. 2 verpflichtet bleibt, völlig gleichgültig ist, für wen das Geld bestimmt ist, hat die Rechtsprechung das „Geschäft, wen es angeht" für gültig erklärt. [1] Seine Anerkennung durch den Gesetzgeber hat es in § 1381 Abs. 1 und 2 BGB gefunden. Freilich bedarf es bei dem „Geschäft, wen es angeht" eines besonderen Beweises darüber, daß der Wille des Mittelsmannes darauf gerichtet war, unmittelbar den Dritten aus dem Geschäfte zu berechtigen (im Gegensatz zu der starken Wirkung des § 1381).

Diese Verpflanzung der Aktivseite ist also völlig abhängig von dem Willen des Mittelsmannes. (Andere Regelung ist als Ausnahme für das Kommissionsgeschäft geschaffen. Nach § 292 gelten Forderungen aus einem Geschäfte, das der Kommissionär abgeschlossen hat, auch wenn sie nicht abgetreten sind, im Verhältnisse zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär oder dessen Gläubigern stets als Forderungen des Kommittenten). Will sich der Mittelsmann selbst in dem Geschäft berechtigen, dann kann von einem unmittelbaren Eigentumserwerb des Dritten keine Rede sein.

Geht nun der Wille des Sicherungszedenten dahin, der fiduziarischen Abrede entsprechend, die Gelder nur einzuziehen, um sie mit der Einziehung dem Fiduziar zunächst zur alleinigen Verfügung zu überlassen, dann richtet sich sein Wille nicht auf eigenen Eigentumserwerb — das Eigentum an den eingezogenen Geldstücken ist sofort dem Fiduziar zugefallen. Bei Konkursbeginn des Sicherungszedenten gehört das Geld nicht zur Konkursmasse, dem Fiduziar steht ein Absonderungsrecht [2]) daran zu.

Voraussetzung für den Eintritt dieser Rechtsfolgen ist wiederum — was bei Einhaltung der fiduziarischen Abreden in der Regel auch der Fall sein wird — daß keine Vermischung der eingezogenen Gelder mit Geldern des Gemeinschuldners stattgefunden hat und dadurch das

---

[1]) RG. 109/169; JW. 1923/403; RG. 100/190 u. a. m.

[2]) nicht Aussonderungsrecht, und zwar ebenfalls aus den oben bereits eingehend erörterten Gründen.

Eigentum gemäß § 948 BGB untergegangen ist. Es bliebe sonst nur ein Bereicherungsanspruch als Konkursforderung.

Anders ist es im Falle der Verletzung des fiduziarischen Rechtsgeschäftes durch den späteren Gemeinschuldner. Ist sein Wille bei der Einziehung auf eigenen Eigentumserwerb gerichtet, dann fällt die unmittelbare Berechtigung des Fiduziars aus, die Gelder werden Teil der Konkursmasse, dem Gläubiger bleibt allein das Recht seinen Anspruch (evtl. erhöht um eine Schadensersatzforderung) als Konkursforderung geltend zu machen.

Lebenslauf.

Ich, Joachim Berger, wurde am 13. November 1909 geboren in Schmalkalden i. Th., als Sohn des verstorbenen Kaufmanns Walter Berger und seiner Ehefrau Elisabeth geb. Hilsenberg. Nach dreijährigem Vorschul- und neunjährigem Oberrealschulbesuch in Schmalkalden erhielt ich Ostern 1928 das Reifezeugnis. Anschließend bezog ich als Studierender der Rechtswissenschaften die Universität Würzburg. Im Winter 1929/1930 siedelte ich von dort nach München für 1 Semester über, in den zwei folgenden restlichen Semestern studierte ich an der Universität Marburg a. d. Lahn. Beim Oberlandesgericht in Kassel bestand ich am 8. Juli 1931 die erste juristische Staatsprüfung und bin seit Ernennung zum Referendar am Amtsgericht in Schmalkalden tätig.